

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL ADONAI ALVES MACHADO

**A RELATIVIZAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE**

CURITIBA

2018

GABRIEL ADONAI ALVES MACHADO

**A RELATIVIZAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Universidade Federal do  
Paraná como requisito à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cândida do Amaral  
Kroetz

## RESUMO

O presente trabalho enfrenta a questão indisponibilidade dos direitos da personalidade, no intento de compreender a ordem normativa vigente a respeito deste atributo. Parte-se da premissa da constitucionalidade da indisponibilidade motivada dos direitos da personalidade e da hipótese de que a formalidade de instrumentos específicos capacita o indivíduo a modular direitos indisponíveis. Ademais, o estudo aborda o conceito de direitos fundamentais em sua perspectiva vertical e horizontal, suas respectivas distinções e eficácia, bem como analisa a cláusula geral de direito da personalidade. Também examina a indisponibilidade, enquanto mecanismo de limitação, restrição e proteção à disposição individual de direitos, além de formas e ferramentas - como a lei de mediação - oferecidas para uma possível transação ou disponibilidade de direitos indisponíveis *a priori*. Para tanto, se busca identificar a razão da indisponibilidade, a partir do interesse público, através da análise dos instrumentos de modulação de efeitos de direitos indisponíveis, com o objetivo de ponderar a autodeterminação sobre direitos que, muitas vezes, envolvem uma esfera predominantemente íntima e individual.

**Palavras-chave:** Direitos Indisponíveis. Direitos de Personalidade. Autodeterminação. Limitações Constitucionais. Efeitos da Indisponibilidade, Mediação.

## **ABSTRACT:**

The present study faces the issue of unavailability of personality rights, seeking to comprehend the current normative order about that characteristic. It will start from the premise of constitutionality of justified unavailability of personality rights and the hypothesis that formality of specific tools empowers the individual to modulate unavailable rights. Furthermore, the study approaches the concept of fundamental rights in its vertical and horizontal perspectives, its respective distinctions and effectiveness, as analyzes the general clause of personality rights. In addition, it examines the unavailability, as a limiting mechanic, restriction and protection at individual rights disposition, forms and tools - like the mediation law - provided for a possible transaction or disposition of *a priori* unavailable rights. To accomplish it, the study seeks to identify the reason of unavailability, sparked from social interests, through the analysis of the effect modulation tools of unavailable rights with the objective of balancing the self-determination of those rights, which, often, pertain a predominantly individual and intimate sphere.

**Keywords:** Unavailable Rights. Personality Rights. Self-determination. Constitutional Limitations. Unavailability effects, Mediation.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>9</b>
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL.....	10
2.2	DIREITOS DE PERSONALIDADE E REFLEXOS, DIREITO FUNDAMENTAL MEDIATO.....	14
<b>3</b>	<b>O QUE SIGNIFICA DIREITO INDISPONÍVEL.....</b>	<b>18</b>
3.1	A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	23
3.2	A PROTEÇÃO DA INDISPONIBILIDADE.....	28
3.3	INOVAÇÃO DA DISPONIBILIDADE NA LEI DE MEDIAÇÃO.....	34
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>41</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O processo pode ser visto como uma forma de apreciação e tutela de litígios, e para que este cumpra seu papel da melhor maneira prevista em nosso sistema constitucional. Princípios constitucionais fundamentais o norteiam, garantindo o devido processo legal. São eles o contraditório, a isonomia das partes e a ampla defesa. O Direito Processual institucionaliza garantias e apresenta os mecanismos presentes nos procedimentos, para que tais atinjam seus fins. Entende-se que todos estes mecanismos e princípios visam promover a melhor tutela esperada, na medida que direcionam um procedimento que garantem a efetiva tutela de direitos.

O princípio constitucional da dignidade humana, ganhou acentuada proeminência após a reinserção de direitos humanos nos discursos jurídicos, com destaque na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Este cenário marca a iniciativa de proteger toda condição humana, provendo-lhe não só os direitos que conferem a condição de sujeito, como também previsões de mecanismos efetivos para que essa condição de sujeito humano se concretize.

Essa realidade se materializa realmente no Brasil com a Constituição Federal de 1988, que consagra pela primeira vez um título específico sobre os direitos fundamentais. Então, com a constitucionalização do Direito Civil, os direitos de personalidade ganham um novo enfoque. Sob o manto da dignidade humana, esses direitos protegem os atributos da personalidade do indivíduo e, portanto, são indissociáveis de sua pessoa e extremamente importantes para a categoria de sujeito de direito. Sob o signo da irrenunciabilidade, da intransmissibilidade e da proibição da autolimitação voluntária, estes direitos são caracterizados pela indisponibilidade.

A lei 13.140/2015, conhecida como a Lei de mediação, regula a autocomposição assistida como método para solução de conflitos e, dentre outras normas, prevê que poderão ser objeto da mediação os direitos indisponíveis, desde que transacionáveis.

O objetivo desse trabalho é, sob a luz de novas interpretações acerca da proteção da indisponibilidade dos direitos de personalidade trazidas pela lei de

mediação, investigar se houve alguma inovação para solução de conflitos sobre direitos de personalidade. A investigação proposta sobre sentido e alcance da expressão “direitos indisponíveis que admitam transação” do artigo 3º da Lei de Mediação, enseja o enfrentamento da possibilidade de disposições parciais – autolimitações voluntárias – dos direitos da personalidade.

## **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Deste importante fundamento estruturante - em acordo com outros princípios fundantes derivados do mesmo, como cidadania e pluralidade - se desdobram inúmeras tutelas, limites e garantias normativas de natureza constitucional que moldam a sociedade brasileira, por conseguinte.

Tem-se também na Constituição Federal, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - garantias invioláveis de todos os sujeitos, de todas as pessoas sob jurisdição brasileira, positivadas no caput do Art. 5º o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, estabelecendo certos termos que vem a definir determinadas posições às garantias individuais<sup>1</sup>. A referida norma, positiva uma posição de limite do Estado frente às esferas individuais, devendo sua intervenção ser prevista legislativamente e com intuito de afirmar essas garantias, no máximo de sua capacidade institucional, tornando efetivos os Direitos Fundamentais.

Simplificadamente, direitos fundamentais contêm um conjunto de posições jusfundamentais<sup>2</sup>, que são multifuncionais como direitos. Estes conciliam um rol de

---

<sup>1</sup> Assim dispõe a nossa Constituição no Caput do Art 5.º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

<sup>2</sup> Interpreta-se da Obra de Alexy Teoria dos Direitos Fundamentais que o direito subjetivo contém um conjunto de posições e relações juridicamente protegidas. Define-se então, como parte integrante do conceito de direito fundamental subjetivo as suas posições jusfundamentais, norteado pelo entendimento de Letícia de Campos Velho Martel em São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy.

direitos do indivíduo frente à sociedade<sup>3</sup> e formatam um dever Estatal de garantir um espaço de pleno desenvolvimento<sup>4</sup> do indivíduo, tornando fáticas as liberdades formais e legitimando as premissas democráticas.

Considerando isso, a inviolabilidade dos Direitos Fundamentais é limitação frente à intervenção nessas esferas de direitos. Essa limitação é, em primeiro lugar, frente ao Estado como institucionalização da sociedade por excelência, mas também se dá frente a terceiros, numa versão de sujeito passivo universal, *erga omnes*. A partir disso, pode-se analisar as categorias mais profundamente.

## 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL

A norma de direito fundamental, como defendido por Marinoni<sup>5</sup>, possui a perspectiva objetiva e a perspectiva subjetiva - aquela correspondendo a proteção institucional dos fundamentos estruturantes e a última corresponde ao alcance individual da proteção desses fundamentos - e, independentemente dessa possibilidade de subjetivação da proteção em uma demanda exigível, a norma fundamental contém um valor social. O direito subjetivo não decorre do direito objetivo mas, como elaborado pelo autor, decorre da “eficácia irradiante” da norma fundamental, como representação desse valor.

Há, no direito fundamental subjetivado a proteção do mesmo *locus* jurídico do valor social ou, colocado de outra forma, mesmo quando subjetivado, o direito fundamental não pertence somente ao sujeito, mas a todos aqueles que fazem parte

---

<sup>3</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017, pg 58 versão e-book.

<sup>4</sup> Como contribuição da doutrina alemã temos a noção de livre desenvolvimento da personalidade, garantindo o direito a constituição da personalidade individual de forma livre (MIRANDA, 2013)

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. 2012. Acessado em [http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf?fbclid=IwAR2H3tEEDnwKJKgZuf16EzwVE5cDjDiRIZNtmqzUif8\\_FLSnkk8Pcxb97kc](http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf?fbclid=IwAR2H3tEEDnwKJKgZuf16EzwVE5cDjDiRIZNtmqzUif8_FLSnkk8Pcxb97kc)



da sociedade<sup>6</sup>. Cria-se, no direito fundamental objetivo um dever do Estado em proteger os valores fundamentais da sociedade e a proteção subjetiva do indivíduo não decorre da prescrição normativa objetiva, mas da subjetivação da proteção desse *locus* no caso concreto.

Encontra-se nesse dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Público a inviolabilidade prevista na Constituição. A proteção contra ingerências externas não suficientemente justificadas, é a proteção de um direito a ter direitos – o *locus* jurídico normativo que fundamenta a ordem constitucional. Esses valores sociais, que devem ser protegidos de eventuais erosões, são os centros axiológicos do sistema normativo, e por isso imputa-se aos direitos fundamentais sua Inviolabilidade.

Não correspondem a dicotomia das perspectivas objetiva-subjetiva dos direitos fundamentais com as eficácias vertical e horizontal desses direitos. Enquanto àquela se define por quais deveres e prestações são necessários para devida tutela do bem jurídico fundamental no caso concreto, as eficácias vertical e horizontal categorizam quem as deve prestar. A eficácia vertical define a relação entre o Poder Público e um particular e a eficácia horizontal define os efeitos da proteção do direito fundamental entre particulares.<sup>7</sup>

Interessa ao estudo da indisponibilidade dos direitos fundamentais e de seus efeitos na legislação infraconstitucional civil, que se faça uma breve explanação sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Enquanto há debate sobre a forma que possui a eficácia horizontal, a doutrina pode ser resumida entre a linha que defende a aplicação imediata da norma fundamental em eficácia horizontal, e a linha que defende sua aplicação mediata.

A relação que a norma fundamental possui com a natureza do direito de personalidade depende do entendimento da forma de aplicação desses direitos fundamentais. A aplicabilidade imediata significa que a norma fundamental pode ser

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017

diretamente aplicada na relação interpessoal, independentemente de regulação pelo legislador infraconstitucional, pela importância da proteção desses valores sociais fundamentais. Assim, as normas constitucionais incidem diretamente sobre os indivíduos e a relação intrapartes – com toda proteção da ordem pública subjacente como a inviolabilidade constitucional, proteções com difícil vinculação individual, pela sua impossibilidade de aplicação imediata<sup>8</sup> – mitigando a capacidade fática do indivíduo frente ao seu direito personalíssimo, ou pelo menos se comparado com a aplicação mediata, como será melhor explorado adiante.

Veja-se:

O problema é que as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro. Como base de tais deveres de proteção, os direitos fundamentais regulam, sem dúvida, o “se” e, com isso, também o requisito de salvaguarda eficaz. Eles, entretanto, nada dizem sobre o “como”. Sobre isso, ou quais providências devem ser tomadas para atender o dever de proteção, a Constituição não contém regulações, possuindo no máximo disposições fragmentárias. A decisão sobre como um dever de proteção deve ser cumprido é, por isso, assunto dos órgãos competentes, em primeiro lugar do legislador.<sup>44</sup> Mas, quando é inquestionável que “algo” é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância (ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017 p.63)

Por outro lado, a aplicabilidade mediata consiste na necessária regulamentação dos preceitos constitucionais por novas normas, somente podendo se afirmar no direito privado por meio dos princípios e institutos deste ordenamento infraconstitucional<sup>9</sup>.

Vieira de Andrade, porém, traz o alerta de que aplicabilidade mediata não deve se reduzir a apenas “eficácia indireta” quando “o que se quer afirmar é um imperativo de adaptação e harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a

---

<sup>8</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017 p.60

<sup>9</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017 p.63

autonomia privada, na medida em que é (também) constitucionalmente reconhecida”<sup>10</sup>.

Ressalta-se que em ambas as formas de aplicação, o fim de proteção dos valores sociais estruturais da sociedade é mantido, independentemente se a restrição vem pela eficácia direta da norma fundamental ou pela esfera mediata do direito infraconstitucional.

Por fim, frisa-se que a eficácia mediata não exclui a possibilidade de eficácia imediata, ou vice-versa. Havendo no sistema formas mediatas de aplicação da norma fundamental, essas são a opção mais compatível com a relação fática e aquelas a ser priorizadas no exame do caso. Como leciona o Curso de Processo Civil, Vol. 1, 2017, dos professores Arenhart, Mitidiero e Marinoni<sup>11</sup>:

Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata. Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental – e então há que se pensar na supressão da omissão –, é que se tem de admitir a sua eficácia direta sobre os particulares (ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017 p.63).

## 2.2 DIREITOS DE PERSONALIDADE E REFLEXOS, DIREITO FUNDAMENTAL MEDIATO

O direito que protege o bem jurídico da personalidade, nasce da proteção à expressão e desenvolvimento livre da personalidade, aspecto central à dignidade da pessoa humana, fundamento central do nosso sistema jurídico-social constituído, previsto explicitamente no Art. 1º, inciso III e melhor explorado no Título II, denominado “Direitos e Garantias Individuais”, com especial enfoque do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>10</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p.290

<sup>11</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1– 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017 p.63

Se os direitos fundamentais são diretrizes gerais, que possuem força normativa para proibir intervenções indevidas no valor social que protegem, os direitos da personalidade perfazem o conjunto de normas que representam esses valores no direito privado. Essa é a posição de boa parte da doutrina, como pode ser encontrado em Paulo Lôbo - “os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil”<sup>12</sup> - que concretiza o entendimento que a Constituição prevê uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”<sup>13</sup>, sedimentado no Enunciado 274 do CJF/STJ, nas Jornadas de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Os direitos da personalidade são uma categoria de direitos necessários a qualquer sistema jurídico de proteção ao sujeito de direito baseado na dignidade da pessoa humana. São direitos que protegem um espaço de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana<sup>14</sup>, visando proteger seus modos de ser e seus atributos da personalidade - vida, corpo, mente, imagem, honra - de intervenções ou opressões não consentidas. Em suma a proteção a um espaço de livre expressão da pessoa humana, do desenvolvimento de suas capacidades é fundamental para promoção da ordem pública ou paz social de qualquer sociedade normatizada e a proteção paralela dos direitos fundamentais subjetivados e dos direitos da personalidade, não é coincidência.

A cláusula geral como compreendida na constituição surgiu no pensamento alemão<sup>15</sup>, no pós-guerra, quando pela primeira vez, historicamente, ficaram claras as

---

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 127

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p.167

<sup>14</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Atlas, 2009. p. 243

<sup>15</sup> EROULTHS, Cortiano Júnior. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Fachin, Luíz Edson; Ramos, Carmen Lúcia Silveira. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, 2ª Tiragem, Renovar, 2000. p 46

lacunas do positivismo clássico e buscou-se reconhecer a dignidade humana como um unificador da personalidade, com uma proteção genérica a esta. Ainda que, em diversos momentos históricos, tenha o direito previsto diversas proteções a atributos da personalidade, promovendo a expressão da pessoa humana de diversas formas, somente nos abusos arbitrários dos Estados na segunda grande guerra mundial encontrou patamar tão fundamental nos sistemas, com a força discursiva da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Trata-se de eficácia imediata dos direitos fundamentais a proteger a personalidade, revestindo a norma de direito fundamental de oponibilidade *erga omnes*. Visa-se proteger o mesmo valor social fundamental, tanto pelos institutos infraconstitucionais, quanto pelas normas fundamentais que permeiam a dignidade da pessoa humana. Pensar os direitos da personalidade dessa maneira encontra representação no entendimento de Paulo Lôbo, de que os direitos da personalidade são uma espécie do gênero dos direitos fundamentais<sup>16</sup>, não seus meros instrumentos.

Com esse novo enfoque, o direito civil passou por uma repersonalização, ou seja, a colocação da pessoa humana como norte do sistema, e não mais o patrimônio<sup>17</sup>. A Constituição de 1988 como um verdadeiro marco na proteção da pessoa humana, proporciona uma proteção subjetiva extrapatrimonial que era alienígena ao Código Civil de 1916. No Código Civil de 2002 a repersonalização é componente axiológico na sua redação. Positivam-se então os direitos da personalidade no novo Código.

Tal aproximação é tamanha, que diversos autores teorizaram os direitos personalidade com certos semblantes de aplicação imediata de direitos fundamentais, uma vez que o direito genérico à personalidade é fundamental. Elimar Szaniawaski descreve tal aproximação<sup>18</sup>, quando busca analisar esquematicamente as divergências doutrinárias quanto à tipificação dos diferentes direitos da personalidade,

---

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 127

<sup>17</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. - 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.57

<sup>18</sup> Ibidem, p.87

distinguindo os tipos em “direitos da personalidade públicos” e “direitos da personalidade privados”. Veja-se:

Os *direitos da personalidade públicos* seriam aqueles direitos inerentes à pessoa humana previstos e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e demais convenções internacionais. Segundo os partidários dessa tese, teriam os direitos públicos de personalidade por escopo a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou, ainda, objetivam a defesa da sociedade, considerada como um todo, das agressões praticadas por certos particulares. Os *direitos de personalidade privados* abrangem os direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade. Seriam os mesmos direitos de personalidade públicos, porém, tratados sob o ângulo do direito privado (...) (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. - 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p.87).

Porém, a constitucionalização do direito civil vem a mesclar a natureza pública e privada dos direitos, vinculando os direitos privados aos valores constitucionais<sup>19</sup>, fato especialmente relevante nesse âmbito de direito tão vinculado à dignidade da pessoa humana e outros valores fundamentais.

Flávio Tartuce também comenta que determinados direitos de personalidade recebem o nome de “liberdades públicas” em outro plano normativo e quando analisados na relação vertical com o Estado<sup>20</sup>, explicitando a relação.

Veja-se:

A esse propósito, aponte-se que alguns direitos da personalidade, quando analisados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e constantes no ordenamento positivo, recebem o nome de *liberdades públicas*, sendo, contudo, os mesmos direitos do ponto de vista de sua tipificação, mas examinados em planos distintos. (TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p.165)

Há influências recíprocas entre os direitos da personalidade privados, e os direitos fundamentais, a tal ponto de a proteção de seus bens jurídicos se mesclarem na aplicação normativa. Não há maneira clara de discernir o limite máximo da proteção

---

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006 p. 50

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p.165

do “valor social” que esses direitos representam e o começo da esfera personalíssima privada, na qual deve prevalecer a liberdade de autodeterminar-se. E nesse relacionamento entre esferas de direitos, são notáveis os paralelos entre as distinções de direito de personalidade público e direito de personalidade privado; e de direito fundamental com relação ao direito de personalidade<sup>21</sup>.

Quanto aos direitos de personalidade, atesta-se no presente texto como teoria mais adequada à sua interpretação a possível aplicabilidade imediata da norma fundamental, uma vez que, como boa parte da doutrina brasileira – Daniel Sarmento<sup>22</sup>, Paulo Lôbo<sup>23</sup>, Virgílio Afonso da Silva<sup>24</sup>, Ingo Sarlet<sup>25</sup> – entende-se por fundamental os direitos de personalidade. Esse entendimento, como veremos adiante, permite adequar hermeneuticamente as normas do código não totalmente compatíveis com a Constituição Federal, e como exposto por Daniel Sarmento “nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos”.<sup>26</sup>

### 3 O QUE SIGNIFICA DIREITO INDISPONÍVEL

Os direitos da personalidade tem titularidade única e exclusiva, devido ao seu caráter existencial, ou seja, por não serem externos à pessoa.<sup>27</sup> A Indisponibilidade é definida como essa impossibilidade de autolimitação no seu exercício. É uma palavra-

---

<sup>21</sup> Cenário esse no qual o ramo público e o ramo privados dos direitos não são mais bem divididos, sendo a divisão entre “as personalidades” apenas uma perspectiva quanto seus efeitos, ainda assim notam-se diferenças da extensão de proteções e efeitos. Também comenta sobre isso Roxana Cardoso Brasileiro Borges, 2009, quando trata da dicotomia pública privado e os significados de liberdades positivas e negativas do Direito da Personalidade.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 4 ed. - São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>24</sup> Silva, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004. p.163-167 apud VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. p.7

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria o Advogado Editora, 2015

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013 p. 130

chave que invoca proibições no exercício do direito categorizado como indisponível, sendo aplicável - além de na personalidade - a conjuntos de direitos que não possuem a capacidade de exercício associada com a sua titularidade - como por exemplo, as restrições feitas ao administrador público - ou ainda, direitos que visam a proteger seu titular de vulnerabilidades, como no direito trabalhista<sup>28</sup>. O Código Civil apresenta como características os direitos da personalidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a impossibilidade da limitação voluntária<sup>29</sup>, enquanto a doutrina elege algumas categorias adicionais como inexpropriabilidade<sup>30</sup> ao explicitar o que é indisponibilidade.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a indisponibilidade irrestrita, sem qualquer adendo sobre a possibilidade de autolimitação voluntária traz restrição excessiva à autonomia privada. Esse entendimento assume que os direitos indisponíveis resumem-se, apenas a direitos que são, ao mesmo tempo, intransmissíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Ou seja, o gênero “indisponibilidade” se resume ao rol taxativo de suas características e seu conceito está restrito a elas<sup>31</sup>. Essa definição não atenta às diferentes razões da proteção da indisponibilidade, nem entre as diferentes características do direito indisponível, nas diferentes proteções normativas.

A falta de fundamentação da restrição compromete sua ponderação a outros preceitos fundamentais, como por exemplo, na autodeterminação, frente ao alcance que essa deve ter em determinada proteção ou se importa a motivação do ato de disposição. Essa redução arrisca categorizar quaisquer atos de enfraquecimento da posição individual sobre os direitos como uma “renúncia” da proteção. Na tese, se trataria de anomalia e prejuízo ao direito reputado como indisponível; ao invés de compreender a indisponibilidade também como um espaço jurídico de promoção de direitos.

---

<sup>28</sup> Estabelece o art. 611-B da CLT: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:”

<sup>29</sup> Estabelece o art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013 p. 130.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p.168



A indisponibilidade trata da proibição de enfraquecimento individual de posição subjetiva sobre o direito frente a um terceiro sujeito. Disposição de Direitos Fundamentais, para Jorge Reis Novais, é “uma posição jurídica subjectiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade concordante do seu titular, sofre um enfraquecimento face ao Estado ou entidades públicas.”<sup>32</sup>. Como bem interpretado por Martel<sup>33</sup> na sua leitura de Novais, a disposição se dá por uma manifestação legítima e genuína de vontade, apta a validar interferências nos limites de efetividade dos direitos que estão sendo dispostos e que não poderiam sê-lo sem esse consentimento expresse.

Ressalta-se que Novais analisa a renúncia não como o instituto de mitigação de titularidade como definido no direito civil<sup>34</sup>, mas como sinônimo de enfraquecimento, como renúncia de uma (ou algumas) de suas garantias, restritivamente. A preocupação da posição quanto ao direito fundamental aplica-se diretamente ao direito de personalidade, especialmente quanto a natureza fundamental do direito geral de personalidade, sua motivação jurídica e as proteções que a enquadram.

A indisponibilidade difere em conteúdo da Inviolabilidade constitucional, essa limitando toda ingerência externa a direito determinado por inviolável - controlando a incidência normativa que se aplica sobre o direito - mas nada regula a respeito do consentimento ou autonomia. Já enquanto a indisponibilidade trata justamente dos limites da autonomia dos indivíduos sobre o direito qual se aplica. Inviolabilidade se apresenta como uma proteção muito mais intensa, mantendo em xeque atos normativos sem a devida legitimação, sendo uma proteção objetiva do espaço jurídico no qual a promoção da personalidade do indivíduo poderá acontecer. Porém, a indisponibilidade dos direitos da personalidade trata da perspectiva subjetiva da mesma proteção, considerando o aspecto privado desses direitos.

---

<sup>32</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra. Vol. I. Ed., 1996. p. 267

<sup>33</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os Direitos Fundamentais Disponíveis?: Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy. 2009

<sup>34</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra. Vol. I. Ed., 1996. p. 265

A Constituição, ao tratar dos Direitos Fundamentais, nada versa sobre disposição ou indisponibilidade desses direitos. Inviolabilidade está vinculada aos Direitos Fundamentais constitucionais. Já a indisponibilidade aparece restrita a um rol derivado dos Direitos Fundamentais - porém não tão total e inclusivo - os Direitos da Personalidade.

Apesar de serem claras as projeções dos Direitos constitucionais fundamentais que tratam da proteção à personalidade do indivíduo, a questão que se levanta por aqueles que a estudam é da legitimidade do Estado de proibir o indivíduo de autogerenciar a esfera privada de efeitos dos Direitos Fundamentais, e até que ponto a proteção Constitucional alcança a liberdade.

Uma vez que a inviolabilidade constitucional limita a competência legislativa do Estado sobre os Direitos Fundamentais, garantindo uma esfera negativa<sup>35</sup> de ação do Estado sobre as liberdades públicas, parece paradoxal que o legislador ordinário, ao projetar os Direitos Fundamentais dentro das relações privadas, proíba de pleno, a autonomia individual sobre a esfera subjetiva de Direitos Fundamentais. Questiona-se qual justificativa legítima poderia ter o legislador para tornar indisponíveis direitos subjetivos.

Ressalva-se aqui que existem previsões específicas de indisponibilidade na Constituição Federal, como por exemplo a disposição do interesse público pelo administrador, ou de terras para proteção do meio ambiente ou ainda terras indígenas. Essas têm o mesmo condão de impedir que alguém disponha de algo que esteja em seu poder - sem a devida titularidade ao direito ou capacidade para tal ato -, salvaguardando interesse legítimo de outrem nos exemplos. Nesses casos, porém, trata-se da perspectiva subjetiva da proteção da indisponibilidade, uma vez que não se pode renunciar, transmitir ou ceder direito sobre o qual não se é titular. Nenhuma dessas tem o mesmo condão da proteção objetiva do espaço sócio-jurídico de promoção da personalidade dos sujeitos de direito.

---

<sup>35</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo, Editora Atlas, 2009. p. 254

Por exemplo, frente ao direito de integridade física e moral<sup>36</sup>, derivado do direito à vida digna Constitucional, estabelece o artigo 13. do Código Civil, sobre a disposição do corpo: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes<sup>37</sup>”.

Anderson Schreiber<sup>38</sup> critica tal dispositivo em três pontos. O primeiro é colocar como superior a avaliação médica como autorizador de atos de autonomia sobre o corpo, sem a devida atenção ao interesse do indivíduo e possíveis ponderações íntimas que tal possa vir a fazer. O segundo argumento é que, ao tratar da “diminuição permanente da integridade física”, o artigo é extremamente reduzido em sua própria hermenêutica, pois ao escolher esse critério como condição da proibição, pode permitir violações à integridade física ou moral ou aspectos médicos desde que de caráter não permanente, exemplo do próprio autor, o chip implantado temporariamente como exigência do empregador. Por último, “bons costumes” não é um caráter objetivo eficaz para análise e ponderação de questões relevantes à matéria, sendo, portanto, expressão controversa. Ademais, atenta-se que o debate ético das devidas questões sobre o corpo é vanguarda bioética, muito mais alinhada com avanços técnicos e humanização de procedimentos, contraste esse muitas vezes em total revés com o entendimento cultural tradicional médio entendido sob a figura metafórica dos “bons costumes”.

As críticas ao modelo teórico que fundamentou a indisponibilidade plena dos direitos da personalidade - direitos que pela sua própria natureza são caracteristicamente tão íntimos e formativos de seus titulares - se encontram reafirmadas pelo debate contemporâneo de Direitos Humanos de quarta dimensão<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 136.

<sup>37</sup> Com relação ao dispositivo do Código Civil/02 e acerca das limitações sobre a disposição do próprio corpo destaca José A. P. Gediél, “O sujeito não pode, portanto, dispor livremente de seu invólucro corporal, como se sua vontade estivesse desvinculada da finalidade sustentada pelo interesse público e social, nem lhe é permitido pôr em risco sua incolumidade física, contrariando os interesses da coletividade. Decorrem daí as limitações à liberdade individual, em relação, por exemplo, às autolesões ou lesões consentidas para realização de cirurgias (...) (GEDIEL, p. 99, 2000).

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. p. 6

<sup>39</sup> Prefere-se aqui falar em dimensões, ao invés de geração ou outra denominação que possa remontar a uma noção de graduação quanto aos direitos humanos.

A questão bioética, sobre avanços tecnológicos, autodeterminação de indivíduos - especialmente sobre o próprio corpo - e outras questões afins da biopolítica<sup>40</sup> são parte do debate que intensifica a importância de enfrentar a ponderação da indisponibilidade, seja de direito fundamental ou da personalidade, com a autonomia e autodeterminação.

E com efeito, a tendência do discurso jurídico sobre a autodeterminação e os direitos de personalidade rejeita uma clássica aplicação normativista e à letra da lei sobre as restrições da indisponibilidade desses direitos da personalidade, demonstrado em interpretações jurisprudenciais e diversos enunciados das Jornadas de Direito Civil.<sup>41</sup>

Resta entender a racionalidade por detrás desses mecanismos institucionais, suas funções, fundamentos, princípios e objetivos, para que, em alguma medida, deixe-se para o passado a indisponibilidade plena à letra da lei, dispensando seu formalismo positivista e traduzindo o debate filosófico e bioético, adequando-se à humanização dos direitos de personalidade.

### 3.1 A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Seriam disponíveis então os direitos de personalidade, se a proteção da inviolabilidade de direito fundamental impede eventual limitação infraconstitucional de posições fundamentais? Obviamente injusto responder essa questão com um sim sem

---

<sup>40</sup> Acerca da biopolítica, o que se percebe é que se a mesma - que num primeiro momento visaria às populações, o ser humano enquanto espécie - em outra perspectiva também guarda relevante relação com o corpo. E é nesse ponto que a biopolítica, como política sobre a vida teria possibilidade de ser vista como uma limitação à autodeterminação do indivíduo. Assim, verificando os corpos em conjunto é possível traçar regularidades que permitem a intervenção nesses fenômenos coletivos através de estimativas, previsões e mecanismos de segurança. Nas palavras de Foucault, "Infere-se então que a biopolítica gira em torno de questões sobre longevidade, natalidade, moradia, saúde pública, migração e demais aspectos que analisam o homem enquanto homem-espécie. Desse modo, ela se destaca por ser uma política sobre o corpo, e por isso, ao mesmo tempo que, impacta nas populações também se apresenta como modo de controle e poder sobre os corpos individuais. Como mostra Foucault sobre a biopolítica, ela "centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos" (FOUCAULT, 1988, p. 131).

<sup>41</sup> Vide enunciados 4, da I Jornada de Direito Civil, 139, da III Jornada de Direito Civil, 274, da IV Jornada de Direito Civil e no caso de disposição de personalidade frente a saúde, enunciados 403, V Jornada de Direito Civil, e 532 e 533 da VI Jornada de Direito Civil.

ressalvas, desacreditando os méritos da “indisponibilidade”. Apesar de poder ser argumentada a possibilidade de determinadas permissões à disponibilidade de direitos fundamentais em inúmeras teses, com diferentes propostas, premissas e limites, o entendimento jurídico clássico e vigente sobre a questão - que proíbe disponibilidade de direitos da personalidade - não é apoiado em um mito, ou é originariamente inconsistente. Existem não só fundamentos jurídicos, como argumentos sócio-políticos eloquentes que afirmam a importância e a necessidade da blindagem contra o enfraquecimento dos direitos da personalidade, desde o ponto de vista da proteção subjetiva contra a lesão de tal direito até o ponto de vista da proteção objetiva dos valores fundamentais do Estado de Direito.

Há de se entender as premissas que fundam essas teses, os argumentos das mesmas, e a importância do impacto que tais teses buscam salvaguardar, antes que possa-se argumentar a favor da resignificação dos termos nessa questão. Não se busca nesse texto reduzir a discussão e concluir por uma abolição da indisponibilidade, ou alegar a inconstitucionalidade da disposição, mas ainda assim, se impera que trate-se de determinados pontos do debate para, depois de selecionadas as premissas filosóficas e jurídicas, relevantes para nortearmos a interpretação dos limites da disposição de direitos indisponíveis.

Em primeiro lugar, nem todos os Direitos chamados de indisponíveis, são indisponíveis pelas mesmas razões, e a aparente dificuldade teórica de enfrentar a indisponibilidade surge dessa confusão entre o objetivo da proteção e os efeitos dela. É um equipamento argumentativo poderoso, instituído com uma hermenêutica clara, e sua atribuição concreta. Quando esse equipamento é utilizado indiscriminadamente, contribui circularmente para a sua formação, a qual confunde as diferentes linhas de raciocínio sobre a indisponibilidade.

Sobre as “diversas nuances” da indisponibilidade, já afirmou o Ministro Barroso:

Nesse ponto, seria possível enveredar por uma discussão teórica mais ampla acerca da disponibilidade dos direitos fundamentais ou dos direitos da personalidade, de forma geral. A afirmação simplista de que tais direitos seriam integralmente indisponíveis está longe de captar todas as nuances do tema, sobretudo tendo em conta a liberdade e a autonomia pessoal reconhecidas pela Constituição aos indivíduos. O ponto será retomado

adiante, mas apenas para dar um exemplo, tatuar o corpo de alguém contra a sua vontade seria, sem dúvida, uma agressão a sua integridade física. Não se pode dizer o mesmo nos casos em que a prática é consentida.” (BARROSO, Luís Roberto. O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular: conteúdo e limites).<sup>42</sup>

Como elencado em sua brilhante tese de doutorado, tão fundamental para o presente texto, Letícia de Campos Velho Martel<sup>43</sup> traz ao longo do texto alguns problemas que acabam surgindo nesse discurso. A já citada confusão entre inviolabilidade e indisponibilidade é um deles<sup>44</sup>. Outro problema aparece na redução de todos os atos de disposição de um direito à renúncia<sup>45</sup> de posições sobre o mesmo, situação que falha em enfrentar, por exemplo, o uso econômico do direito à imagem.

Um terceiro problema pode ser elencado na indisponibilidade conceituada como característica intrínseca dos direitos da personalidade, afastando a competência<sup>46</sup> de determinados atos referentes a esses direitos dos seus titulares, que normalmente teriam capacidade fática para agenciar os “bens da personalidade”, criando a paradoxal ilusão de que os titulares não possuem o direito subjetivo, mas sim o Estado o teria. Essa terceira questão trataria todos os atos de disposição fática desses direitos como anomalias ou exceções do direito. Esta posição estaria fundamentada numa interpretação hermenêutica não presente na Constituição, nem totalmente congruente com a mesma.

Mais alinhada com a vanguarda do debate, traz a autora alguns pontos de vista doutrinários presentes no STF, com destaque em especial ao RE nº248.869/SP do Rel. Min. Maurício Corrêa:

---

<sup>42</sup> Parecer não publicado, consultado em: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida).

<sup>43</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010.

<sup>44</sup> Ibidem. p.4

<sup>45</sup> Ibidem. p. 208

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. p. 66)·

É possível analisar os enfrentamentos da tese sobre a indisponibilidade absoluta, com o devido enfoque no motivo fundamental para a restrição da disposição desses direitos. As incongruências fáticas da referida teoria com a realidade precisam ser harmonizadas em relação às teorias jurídico-filosóficas de direitos fundamentais. Este debate já adequa a harmonização hermenêutica no STF tutelando congruentemente a interpretação da norma na questão “proteção da livre expressão da personalidade individual” frente à “proteção do *locus* jurídico determinante da dignidade humana”. Sem o direito de personalidade, não há possibilidade de existirem outros direitos, seja pela negação de proteção do Estado ou pela mitigação excessiva do indivíduo com restrições normativas<sup>47</sup>. A sociedade como proposta pela nossa Constituição encontra-se longe desses excessos, protegendo uma ordem social subjacente.

A teoria do direito geral de liberdade como pensada por Alexy<sup>48</sup>, e defendida inúmeras vezes como congruente ao sistema normativo brasileiro<sup>49</sup> que em linhas gerais apresenta um hipotético direito geral de liberdade, correspondente à possibilidade real de ação das pessoas, que se aceito por um ordenamento jurídico, vincularia ao Estado um ônus de justificar, por motivos proporcionais e suficientes, restrições a esse direito, ou estariam configuradas violações. Considerando que a letra constitucional está fortemente baseada em liberdade e igualdade, é adequado utilizar

---

<sup>47</sup> Remeto aqui aos avanços do desmonte de direitos sociais por burocratização, por um eventual Estado Penal, conforme proposto por Loïc Wacquant em Punir Os Pobres - A Nova Gestão da Miséria Nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2009

<sup>48</sup> ALEXY, Robert Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed Tradução de Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros. 2008

<sup>49</sup> À exemplo, SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado – RDE, Renovar, v.1, n.4, p.28, out./dez. 2006

os conceitos e raciocínios da teoria de Alexy mencionada, ou teorias de outros autores de tendências similares, como razoável à interpretação do nosso sistema.

Ingo Sarlet fundamenta a dignidade da pessoa humana na perspectiva internacional e de autodeterminação:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta essa conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa) (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria o Advogado Editora, 2015)

São conceitos convergentes a cláusula geral de tutela da pessoa humana - representação da figura de dignidade humana - e o direito geral de liberdade de Alexy, e suas correspondências são suficiente para facilitar uma análise compreensiva do tema. Além disso, considerando a falta de hegemonia quanto ao tema, o entendimento do STF também é referencial adequado, - como a tese vigente da fundamentação da Indisponibilidade - compatibilizando o sistema normativo positivado, a realidade material e teorias de direito fundamental congruentes às tendências constitucionais.

A indisponibilidade é característica aplicada pelo legislador a determinados direitos, pela sua importância essencial à “paz social”, “ordem pública subjacente”, ou “utilidade universal da comunidade”. Segundo esse entendimento, se justifica a restrição da autonomia dispositiva frente a um interesse público (não no sentido estatal, mas social em *latu sensu*) suficiente.

Dessa forma, pode-se imaginar que dentro da tese de Indisponibilidade dos Direitos Individuais, na busca de possibilidade de disposição parcial de direito de personalidade, parece haver a tentativa de categorizar esses direitos entre direitos de personalidade de interesse público, direitos de personalidade de interesse privado<sup>50</sup> e

---

<sup>50</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. - 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p. 43.



direitos totalmente disponíveis. Ou ainda seus paralelos, direito geral de personalidade e direito subjetivo de personalidade.

De fato, se estabelecem diferentes alcances de proteção entre os direitos da personalidade. A vida é um exemplo de direito que a proteção de interesse público se dá intensamente, logo que é condição primária para existência de outros direitos. Justifica-se uma intervenção normativa à autonomia frente esse direito, assegurando que outros direitos da personalidade não se esvaziem, garantindo o *locus* da personalidade proteção condizente com a “paz social” já mencionada. Já o direito à imagem, tem uma proteção de cunho subjetivo. Ainda que de natureza fundamental, é de comum aceitação a existência de seus aspectos disponíveis, justificando exploração comercial do mesmo, mas ainda definindo limites e garantindo mecanismos de proteção estatal, sendo sua proteção necessariamente reclamada por iniciativa individual. Protege-se sim, o direito à imagem como socialmente constituído, mas a agência individual tem um espaço muito maior de ponderação, pelo menor risco que apresenta o dano à imagem ao direito geral de personalidade como alicerce dos demais.

Impossível seria para esse trabalho, construir um rol que esgotasse os direitos indisponíveis, indisponíveis transacionáveis e disponíveis. Portanto basta pontuar que, segundo determinadas interpretações da Suprema Corte, a indisponibilidade consiste em limitações à esfera de autonomia de determinados direitos frente a terceiros, justificada por um interesse público de salvaguardar a ordem pública subjacente ou “paz social”, e que tal limitação, se proporcional a essa justificativa, é justa e congruente sistemicamente. Não é congruente com nosso sistema constitucional que a titularidade de direitos como corpo, vida, nome, liberdade sejam de “titularidade” estatal, Também é incongruente, no nosso sistema constitucional, que quaisquer direitos de titularidade individual, por assim serem, são invioláveis pelo Estado, devendo possuir disponibilidade plena, como a crença do liberalismo clássico que o corpo é propriedade do sujeito.

Resta ainda tratar que, apesar da aplicação das restrições da inviolabilidade ser imediata, ela ainda trafega pela aplicação mediata da inviolabilidade pela

indisponibilidade individual, otimizando sua aplicação<sup>51</sup> e subsidiando suas omissões. Assim, se limita e se conforma o direito fundamental a fim de ponderar outros princípios jurídicos e valores sociais.

### 3.2. A PROTEÇÃO DA INDISPONIBILIDADE

Entende-se justificável a restrição do legislador quanto à disposição individual de direitos, quando proporcional ao interesse público, porém questiona-se em que medida essa ponderação é levada em consideração na interpretação jurídica ou se está presente no Código Civil.

Apesar da Constituição mencionar inviolabilidade de Direitos sem menção sobre sua disposição, o Código Civil expressamente elenca no Art. 11 – “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Tal artigo é mencionado como o fundamento positivo da indisponibilidade dos direitos da personalidade, tanto como explicação didática, quanto em decisões judiciais. Com certeza seu formato contrasta claramente com certas posições constitucionais que prezam pela liberdade, quando afirma que o exercício de determinados direitos deve se dar de forma máxima pelo indivíduo, a menos que a lei o autorize em contrário. A previsão da disponibilidade absoluta do Código Civil é, no mínimo, passível de críticas.<sup>52</sup>

Adicionam-se às imprecisões que circundam o imaginário jurídico a respeito da Indisponibilidade dos Direitos da Personalidade e os verdadeiros problemas de aplicação prática do instituto da disponibilidade. Uma vez pleiteada essa disponibilidade, se a tutela jurisdicional encontrar-se apoiada na fundamentação teórica clássica do direito positivado muitas vezes se dará de forma inadequada ou prejudicial.

---

<sup>51</sup> No sentido de mandado de otimização como em: ALEXY, Robert Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed Tradução de Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros. 2008

<sup>52</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. p. 4

Nesse sentido Letícia de Campos Velho Martel:

Apesar de juristas de vários ramos do direito adotarem, em um primeiro olhar, a premissa da indisponibilidade dos direitos fundamentais, não se pode inferir a inexistência de um problema quanto ao assunto. De um lado, a Constituição não expressa notoriamente a indisponibilidade dos direitos fundamentais. De outro lado, questões práticas vêm recebendo respostas que se distanciam da premissa de indisponibilidade. A afirmação geral da indisponibilidade dos direitos fundamentais torna-se nebulosa, seja em face de elementos teóricos, seja em face da realidade que cotidianamente a desafia, mediante múltiplos exemplos de disposição de tais direitos e das consequências previstas em lei a respeito da consideração de um determinado direito como indisponível (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010, p. 19).

A aplicação da absoluta indisponibilidade é no mínimo problemática frente aos novos desafios práticos e teóricos. Enfrentam os doutrinadores que se deparam com disposições de direitos da personalidade fáticas e juridicamente aceitáveis como se essas fossem anomalias ou tangentes à indisponibilidade, justificando diferentes interpretações do alcance da restrição.

Prossegue em sua análise, a referida autora:

O que se percebe é que muitos juristas seguem referindo, de modo laudatório, que os direitos fundamentais são indisponíveis e apresentando os casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar o epíteto indisponíveis (a propalada indisponibilidade). É pouco comum, ainda, encontrar uma definição do que deva ser compreendido por direito fundamental, para que se possa ter claro exatamente o que é indisponível. Por vezes, a ideia é de que o bem protegido pelo direito é que não pode ser afetado pelo próprio titular; noutras, tem-se a noção de que terceiros não podem interferir em direito alheio, mesmo com o consentimento do titular (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010, p. 9).

A comunidade civilista reconheceu a importância de uma resignificação interpretativa dos institutos positivados como estão no Código Civil, por forma dos enunciados das Jornadas de Direito Civil. Flávio Tartuce, por exemplo, reconhece expressamente que “tal regra [indisponibilidade] pode comportar exceções, havendo,

eventualmente, relativização desse caráter limitado e absoluto”<sup>53</sup> no caso, frente ao Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil e Enunciado n.139 da III Jornada de Direito Civil<sup>54</sup>.

Ainda assim para o autor, consistem as exceções apenas em patrimônios subjetivos relativos aos direitos de personalidade, estando limitada a exceção de disponibilidade relativa<sup>55</sup>, denotando preferência ao conteúdo positivo de proibição contido no Código Civil. Cita o autor, como exemplo, a impossibilidade de celebração de contrato de namoro - contrato que busca afastar os efeitos da união estável, negando manifestamente o intuito de formação de relacionamento estável dos envolvidos - por se tratar a união estável de estado fático de direito, relacionado com a personalidade, não podendo ser renunciado, devendo estar a autonomia privada limitada pela ordem pública.

Ou seja, para parte da doutrina, Flávio Tartuce inclusive, apenas são direitos de personalidade relativamente disponíveis<sup>56</sup> os direitos gerados pelos frutos patrimoniais de um atributo protegido da personalidade. Para esses, a liberdade do seu titular de disposição sobre os mesmos é idêntica àquela relativa a qualquer outro direito patrimonial<sup>57</sup>.

Localiza-se na indisponibilidade de direitos individuais subjetivos por vezes, um aspecto doutrinário condizente com uma leitura de direitos humanos, que vê regulações como garantias e que se propõe a compatibilizar a sociedade e o indivíduo acerca de direitos existenciais e outros fundamentos da ordem sociojurídica. Alerta Martel que a dificuldade de conceituação da indisponibilidade abre caminho para ser

---

<sup>53</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p. 172

<sup>54</sup> Enunciado n. 4, I Jornada de Direito Civil CJF/STJ lê-se “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Enunciado n. 139, III Jornada de Direito Civil CJF/STJ lê-se “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes”

<sup>55</sup> Ibidem. p. 178 Explica Flávio Tartuce: “Pelo que consta no sempre citado art. 11 do Código de 2002 os direitos da personalidade não podem ser objeto de renúncia por seu titular (direitos irrenunciáveis). Esse caráter realça a natureza cogente, ou de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico da codificação.”

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ainda assim, resta-se questionar, se extrapatrimonialidade é o signo que enseja a indisponibilidade e patrimônios já são disponíveis, porque patrimônio derivado é apenas relativamente disponível?

usada como joguete argumentativo, uma categoria instrumentalizada a chamar os poderes de intervenção estatal.

Tudo isso conduz à inexorável afirmação de que efetivamente existe um problema conceitual por detrás da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais. E o problema não reside apenas na conceituação de indisponível, mas também na de direito, e, mais especificamente, de direito fundamental. Quando um conceito é confuso, pode ser usado como um joguete na argumentação jurídica e facilitar demasiadamente a perda da coerência interna da interpretação. A análise ora realizada demonstra que não há, mesmo sob a melhor luz, um fio de integridade, uma teia inconsútil que permita reconhecer, com clareza e utilidade, o que são, quais são e, especialmente, quais os efeitos jurídicos dos chamados direitos fundamentais indisponíveis (MARTEL, p. 49)<sup>58</sup>

Claramente as configurações garantistas surgiram por um motivo, mas indaga-se como proceder quando tanto a lei positiva quanto a interpretação doutrinária divergem sobre os limites da indisponibilidade. É complexa a definição de qual seria a interpretação adequada no sistema brasileiro quando a lei (art. 11 do Código Civil 2002) e os nortes doutrinários (Enunciado 139, III Jornada de Direito Civil CJP/STJ) dizem são incongruentes

Nos direitos de personalidade públicos - ou em termos mais convencionais, nos direitos fundamentais que são não só existenciais para o indivíduo, mas são requisitos básicos para que se possa ter a titularidade de quaisquer outros direitos, como a vida por exemplo - tem-se a proteção da inviolabilidade. Nesse viés ela pode ser fundamento para a indisponibilidade, já que a Constituição Federal nada diz sobre a quem se aplica a inviolabilidade, sendo crível que ela se estende a terceiros, podendo possivelmente se sobrepor ao consentimento. E tal proteção é necessária, ainda que teses tenham demonstrado a necessidade de revisão de alguns critérios.

Paulo Lôbo por outro lado nos alerta para os perigos da autolimitação irrestrita, dizendo que, “A banalização da autolimitação da privacidade está provocando a própria desconsideração social ou ruína desta, pois as pessoas passam a encarar como normal a sua violação”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida, p. 49.

<sup>59</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 154

A seguir, Paulo Lôbo prossegue elaborando:

No plano jurídico constitucional e dos valores tão duramente conquistados para a realização concreta da existência humana e de sua dignidade, não é possível a autolimitação irrestrita dos direitos da personalidade. O núcleo essencial e intangível, que diz com a dignidade da pessoa, igual à de todas as outras pessoas, não pode ser objeto de autolimitação, não pela proteção das pessoas concretas em causa, mas pela necessidade de evitar que determinados valores da pessoa humana amplamente reconhecidos como disponíveis sejam publicamente degradados ou aviltados, de modo a estimular essa conduta.(LÔBO, p. 154, 2017). (Grifado)

Advogando pela autolimitação temporária do exercício, Paulo Lôbo acompanha a compreensão doutrinária do tema, e estabelece como limite à disposição o “núcleo essencial e intangível” do direito de responsabilidade. A disposição sobre o núcleo, desvaloriza o direito e sua proteção, à medida que o banaliza, criando uma inevitável erosão daquele valor e logo, da ordem social. O exemplo do autor foi o direito à privacidade que uma vez erodido, passa a não mais proteger o atributo de personalidade do indivíduo, veja-se:

O STJ (REsp 595.600) decidiu que não cabe indenização por danos morais para mulher anônima que praticou topless (despiu a parte de cima do biquíni) voluntariamente em praia pública, tendo a foto sido publicada em jornal. O voto condutor da maioria no Tribunal de Justiça estadual observou que “se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas deve ter maioria suficiente para suportar as consequências de seus atos”. A censura moral é o fundamento desse voto. O recurso ao STJ não foi acolhido, sob argumento de que “se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada”. Ou seja, e sem razão, o Tribunal defende a tese da autolimitação tácita, o que autorizaria a livre violação da privacidade da pessoa que assim se comporta. O fato de a pessoa ter conduta diferente das demais, sem prejuízo a quem quer que seja e inexistindo lei proibitiva, é exercício de sua liberdade, constitucionalmente assegurada, não se podendo entender que autorizou tacitamente a publicação violadora, na medida que atingiu público maior que o do lugar onde se encontrava, com evidente intuito sensacionalista. (LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral - 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 154)

Quanto a realidade social brasileira, também se encontram inúmeros problemas sociais, aos quais uma permissividade a proteções tão essenciais poderiam ser prejudiciais, alargando vulnerabilidades, ao invés de garantir plenitude ao espaço existencial individual, o que dificulta drasticamente o debate. Tentativas de harmonização da autonomia e resoluções céleres de conflitos com a indisponibilidade, invariavelmente devem estar atentas a formas concretas eficazes de garantir a proteção da personalidade para a realidade que atingem. Enfrentar esses posicionamentos considerando a realidade brasileira é um primeiro passo para sedimentar o debate e realmente fomentar a discussão de saber se seria mais nocivo habilitar e empoderar indivíduos para que não sejam explorados em sua individualidade e em seus conflitos interpessoais mais íntimos.

### 3.3 INOVAÇÃO DA DISPONIBILIDADE NA LEI DE MEDIAÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 e a lei de Mediação apresentaram à resolução de conflitos um novo cenário, com um espírito de tutelas de direitos não contenciosas. Como afirma Elton Venturi:

É possível afirmar que o Brasil vive um histórico momento no qual se procura criar um novo sistema de Justiça multiportas, por via da institucionalização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos. Tal como ocorrido nos Estados Unidos da América a partir da década de 1970, quando o colapso do sistema jurisdicional levou à idealização e implementação de um "sistema multiportas" baseado em programas de alternative dispute resolution anexos aos tribunais, o Brasil agora aposta na instauração de modelo similar. (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. P.6)

Essa alteração de paradigma evidencia-se com a lei 13.129/2015, sobre a reforma da arbitragem, a lei 13.140/2015, sobre a mediação, e a lei 13.105/2015, o próprio Código de Processo Civil. Alteração essa que tem a cooperação em favor da melhor tutela esperada como um de seus maiores nortes, deixando de lado, de certa

forma, um formalismo clássico que o processo civil possuía<sup>60</sup>, favorecendo a tutela frente a formalidade.

Considerando o signo da indisponibilidade dos direitos de personalidade, a Lei de mediação oferece uma abertura: “direitos indisponíveis que admitam transação” são admitidos como objeto de mediação. Porém, o quanto a referida expressão corresponde à autolimitação voluntária parcial de direitos de personalidade ainda é incerto. Para os direitos de personalidade, soluções alternativas de tutela são limitadas, e o ideal de um sistema multiportas é colocado a prova. Uma tendência doutrinária se sobressai, mas devido aos costumeiros problemas com os limites da aplicação da indisponibilidade, dúvidas surgem e não é diferente com as formas alternativas. Cito o art. 3º, Lei 13.140/15:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público

Note-se que “admitam transação” não necessariamente compreende tais direitos como o objeto da transação – entende parte da doutrina que sua natureza personalíssima íntima, como vimos, não lhes permite esse tipo de transmissão de titularidade - no entanto, está inserida no direito indisponível parcela totalmente disponível<sup>61</sup>. À exemplo, o fruto patrimonial do direito de imagem é transigível. É plausível que seu titular deixe de exigir as parcelas patrimoniais, sem que se configure renúncia.

Entende Elton Venturi, quanto a nova abertura da lei de mediação que:

---

<sup>60</sup> ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Vol. 1,2 e 3 – 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

<sup>61</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p. 178



Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referente aos conflitos de direitos indisponíveis no país. (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. p.5)<sup>62</sup>

Acredita o referido autor que essa nova “aposta”<sup>63</sup> pode ser o início da reinvenção do sistema de justiça brasileiro, se reorganizando sob os meios alternativos de solução de litígios e o respectivo controle jurisdicional. Porém essa reinvenção é imediatamente dependente da desmistificação quanto aos limites da indisponibilidade. Se a disponibilidade for entendida com demasiada restritividade, esvazia-se muito o espaço do meio alternativo de resolução de litígios, pois incorre-se no problema da atração imediata da intervenção do Estado.<sup>64</sup>

Prossegue o autor:

A confusão entre tais categorias [disponíveis, indisponíveis e indisponíveis transacionáveis] acarreta profundas inconsistências no sistema resolutivo, inviabilizando indevidamente soluções consensuais não apenas legítimas (do ponto de vista social) como válidas (do ponto de vista constitucional). (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. p.6)

O conteúdo transigível nas autocomposições previstas só pode ser compreendido pelos nortes doutrinários, os entendimentos já aceitos como parâmetro para tal análise e pelas regras das perspectivas objetiva e subjetiva de restrição de disponibilidade. Assim, alinha-se com a interpretação mais atualizada da ordem constitucional, com uma influência do ideal de liberdade igualitária característico dos direitos humanos.

<sup>62</sup> Grifo não presente no original

<sup>63</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. p. 6)

<sup>64</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016. P.4, p.9

Apesar dessa interpretação progressiva quanto aos métodos alternativos de solução de litígios, especialmente perante direitos indisponíveis, deve se reconhecer que a transação é vista pelo seu cunho contratual, classicamente associado com relações patrimoniais<sup>65</sup>. Referido cunho contratual acarreta em determinada repulsa da transação como possível palco de disponibilidades parciais de direitos de personalidade. Para alguns autores, direito indisponível mas passível de transação consiste no efeito subjetivo patrimonial e reflexos disponíveis do direito indisponível, como exemplo Flávio Tartuce<sup>66</sup>.

Considerando a dificuldade conceitual que a doutrina apresenta no tema, para garantir o núcleo da norma considerada indisponível, as autocomposições passarão por homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público.<sup>67</sup> Ou seja, a análise deve ser feita a cada caso concreto, em um controle que deve ser feito de acordo com a melhor interpretação atual sobre o significado da proteção objetiva da ordem social subjacente e sempre respeitando a inviolabilidade do núcleo duro dos direitos de personalidade.

A disponibilidade parcial e configurações de efeitos de direitos fundamentais podem ser alcançados pela autocomposição, desde que estejam dentro dessa margem fluida de negociabilidade. Concretamente, se há questão de direito de personalidade para além dessa margem de negociabilidade em conflito privado, esta deve ser resolvida sob a cognição jurisdicional, pois apenas esta tem a forma com garantias suficientes para ponderar as diferentes posições jusfundamentais e garantir o núcleo de proteção da personalidade. Mesmo o Código de Processo Civil<sup>68</sup>, prevê uma audiência específica para autocomposição prévia ao contencioso, porém não

---

<sup>65</sup> Ibidem. p.6

<sup>66</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010. p. 178

<sup>67</sup> Ressalva-se que tratamos especialmente de mediações judiciais ou pré-judiciais no presente texto. Ainda que essas reflexões sejam extensíveis às mediações extrajudiciais, a falta de procedimento diferenciado a distanciam ainda mais da possibilidade de tutelar direito indisponível

<sup>68</sup> O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu artigo 334: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” e “§ 4º A audiência não será realizada: II - quando não se admitir a autocomposição”

realizada se o direito não admitir autocomposição, reiterando a inviolabilidade nesses casos.

A lei de mediação e o Código de Processo Civil, afirmam muitos avanços concretos na forma de resolução de conflitos no geral, mas pouquíssimo tratam de métodos alternativos para tutela de direito indisponível, incluindo as hipóteses de direito indisponível transigível já possíveis, em um sistema mais congruente, positivando tais hipóteses. Poderia alguém argumentar que o silêncio ou a falta de aperfeiçoamento da letra fria da lei representa proibição de autocomposições sobre direitos indisponíveis.

Porém, esses entendimentos restritivos não estão perfeitamente alinhados com a dignidade da pessoa humana como autodeterminação, como levantado por Ingo Sarlet<sup>69</sup>, ao direito geral de liberdade de Alexy<sup>70</sup> ou uma interpretação mais liberal da cláusula geral de direito da personalidade. Para essa parte majoritária da doutrina no Brasil, a dignidade da pessoa humana, por meio da autodeterminação, prevê sim uma margem de disposição. Certos instrumentos totalmente privados, como o testamento vital ou o termo de consentimento livre e esclarecido apresentam essa natureza, e analogamente, é possível tratar desses temas em autocomposição. Portanto os limites da negociabilidade de direitos da personalidade em autocomposição devem acompanhar o estado da arte doutrinário e os casos já aceitos pelo Poder Judiciário.

Elton Venturi ressalta que a marca de indisponibilidade não deve implicar automaticamente impedimento de negociação. O autor entende que há três razões<sup>71</sup> principais para que não seja consequente a presunção de inegociabilidade: Uma transação não implica em necessário prejuízo para a parte, pelo contrário, diferentes formas e modos de composição podem ser atingidos, muitos definidos à proteção e não incumbindo em renúncia. Além disso, tema também explorado por Alexy e Leticia

---

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria o Advogado Editora, 2015

<sup>70</sup> ALEXY, Robert Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed Tradução de Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros. 2008

<sup>71</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016

Martel, o não-exercício de uma posição jurídica é uma forma de afirmação de sua titularidade, não um afastamento dela.

E por terceiro ponto, veja-se:

Ainda que assim não fosse, não parece mais razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis - e, portanto, de eventualmente se negociá-los - sob abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos, na medida da sua incapacidade de livre manifestação de vontades. (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016 p.7)

Ressalta o professor, para que se note que, diferentemente da renúncia ou transmissão de titularidade, o comprometimento do não-exercício ou a modulação dos efeitos não afetam a titularidade do direito. Assim é possível alargar as formas de tutela e o papel da autodeterminação na dignidade. E por isso, negociabilidade não é antônimo de indisponibilidade. A autodeterminação que acontece por meio de manifestação de vontade autorizadora suficientemente genuína é perspectiva relevante na tutela de direitos de personalidade sem a atração da “necessária adjudicação pelo Poder Judiciário”<sup>72</sup>, o que também se deduz pelos já referidos enunciados das Jornadas de Direito Civil CJF/STJ e da doutrina.

Possibilita-se assim que procedimento seja o palco da ponderação da proteção objetiva da indisponibilidade – a proteção dos valores sociais e da ordem social subjacente – e a autodeterminação, como expressão direta da dignidade da pessoa humana.

Traços similares de modulações de efeitos podem ser traçados para inúmeros outros aspectos de direitos indisponíveis, como por exemplo, tatuagens, uso de imagem, intervenções médicas, atos de representação ou ainda inúmeras modulações dentro de relações íntimas ou familiares. O Estado tem diferentes graus de interesse de proteção, notando-se especialmente nas diferentes formas que os crimes relativos

---

<sup>72</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016 p.2

às transgressões dos bens jurídicos lesados correspondentes são tratados no sistema normativo.

Assim, a restrição plena e anterior de todas as formas de disposição de direito reputado como indisponível é inadequada à medida que prejudica a titularidade. Essa interpretação de direitos da personalidade correspondentes aos direitos fundamentais e alinhados à hermenêutica constitucional de direitos humanos que preza pelo desenvolvimento humanitário, liberdade democrática e dignidade da pessoa humana, que se defende nesse estudo, não é compatível com a inegociabilidade automática ou a indisponibilidade irrestrita. Porém, também é impossível a disposição total do direito de personalidade, não se encontra no ordenamento jurídico instrumento eficaz ou capaz de realizar tal disposição, devendo sempre a autodeterminação encontrar limite frente a outros direitos fundamentais invioláveis.

Aqui a formalidade procedimental toma perspectiva de suprir as vulnerabilidades que possam vir a viciar a manifestação de vontade, ou impedir distorções do direito fundamental por meio da autodeterminação. Há no procedimento de homologação com oitiva do Ministério Público, prevista na lei de mediação, critérios claros para se assegurar o núcleo do direito garantido.

Ou seja, a cada ato de disposição de direitos da personalidade, há um momento de ponderação de proporcionalidade, podendo estar concentrado no ato de homologação no caso de autocomposições, buscando compatibilizar a esfera individual de autodeterminação, e as vantagens individuais que isso traz ao indivíduo - tanto de realização íntima, como até mesmo patrimoniais - e a necessidade de proteção genérica de tal direito, a importância de sua não relativização na sociedade, e outros aspectos aplicáveis de proteção à “ordem pública subjacente”.

Mais uma vez, Elton Venturi:

É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização. (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016 p.10)

Em uma autocomposição sobre a parcela transacionável de direito de personalidade, complicações quanto aos limites da negociabilidade da matéria do direito, resultariam em não homologação do acordo e o início de um processo civil, com cognição suficiente para resolvê-la. Essa hipótese escapa do alcance da autocomposição. Nesse aspecto, o procedimento de homologação com oitiva do Ministério público é um instrumento de verificação capaz de garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais, o que permite a atuação saudável da autocomposição no âmbito dos direitos indisponíveis.

Sobre isso, o referido autor ainda explica que sem a possibilidade de negociação não há nenhum incentivo para que o conflito seja resolvido<sup>73</sup>. Além disso, há a necessidade de que a interpretação dos termos “negociação” e “indisponibilidade” seja sempre congruente com esse entendimento que promove certo alcance limitado de disponibilidade aos direitos de personalidade. Especialmente frente aos meios alternativos de solução de litígios, pois “categorias jurídicas só tem razão de ser se funcionalmente puderem gerar proteção eficiente aos direitos”<sup>74</sup>, sendo ambas a indisponibilidade irrestrita e a disponibilidade plena dos direitos de personalidade incompatíveis com o sistema jurídico constitucional brasileiro.

A delimitação formal da autolimitação voluntária e parcial em uma configuração suficientemente capaz de suprir vulnerabilidades e garantir o núcleo do direito, também conteria especificamente quais posições está a se enfraquecer e o espaço da disposição. Ao se dispor somente o que se pretende dispor, rejeitando a autolimitação tácita, a autodeterminação se coloca como relevante argumento de ponderação de

---

<sup>73</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016 p.8

<sup>74</sup> Ibidem. 6

posições individuais no caso concreto, possibilitando um leque de posições passíveis de disponibilidade limitada. Sem a autodeterminação genuína, o enfraquecimento parcial das posições subjetivas poderia ser considerado como prejudicial não sendo a autodeterminação motivação suficiente para tamanha autorrestrrição.

Ao se tratar de uma autolimitação, deve-se sempre ressaltar que a proteção do núcleo do direito é inviolável. Logo, sua exigibilidade é absoluta não sendo razoável que o poder de sujeição, ou seja, o aspecto ou posição subjetiva personalíssima do indivíduo, possa ser suprimido, solução que não se sustenta nem em juízo. Não se pode obrigar alguém a dispor de direitos de personalidade em juízo, não importando a existência compromisso de não-exercício temporário de direito de personalidade, Porém é aceitável que possíveis posições acessórias, mesmo se baseadas em um vínculo indisponível sejam reparadas. Somente quando pautadas em autodeterminação, e respeitando os limites da inviolabilidade do direito geral de personalidade, que se pode tratar no não exercício desse poder de sujeição, gerando eventuais benefícios negociais.

Outros instrumentos privados de disposição parcial de direitos da personalidade também possuem determinadas características a fim de sanar as vulnerabilidades e garantir a proteção do núcleo intangível. Muitos desses instrumentos, já aceitos no sistema normativo, podem inspirar soluções futuras para outros desafios concretos que a realidade plural pode apresentar.

## **4 CONCLUSÃO**

Com a Lei de Mediação, Lei de reforma da arbitragem e o Código Civil de 2015, abriu-se um novo paradigma de resolução de conflitos. Focado na melhor tutela esperada constitucional e cooperação, essa vanguarda aparenta um espírito de reinvenção do direito processual civil. A presente pesquisa surge da exploração dos temas de vanguarda sobre a autolimitação de direitos de personalidade e seu lugar nesse novo paradigma de tutela de direitos, mas especificamente, quanto a autocomposição.

Os direitos da personalidade tem sua fundamentalidade baseada na dignidade da pessoa humana. Então, a partir da compreensão da eficácia e aplicabilidade horizontal desses direitos fundamentais, buscou-se compreender em linhas gerais os parâmetros da indisponibilidade de direitos da personalidade, através de sua função dentro do sistema normativo. Identificou-se então, restrições subjetivas e objetivas na indisponibilidade, correspondentes à perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos de personalidade como normas fundamentais.

Assumindo a liberdade como geral e irrestrita, a indisponibilidade dos direitos de personalidade representa restrições de disposição de determinados direitos, devido a sua importância para proteção de certo valor social e do próprio sistema normativo, para não lesar determinado interesse, legítimo e suficiente.

Por meio de uma melhor compreensão sobre o direito fundamental de personalidade, e através de uma interpretação congruente com as interpretações constitucionais mais atuais, foi possível identificar alguns aspectos da indisponibilidade necessários à proteção da própria ordem constitucional. Ao analisar o conteúdo fundamental da dignidade da pessoa humana e sua relação imediata com a personalidade, mostrou-se necessária uma releitura da significação da indisponibilidade, distanciando-a das posições de disponibilidade absoluta, e de indisponibilidade irrestrita, como uma leitura normativa literal poderia sugerir.

Concluiu-se que, devido as divergências doutrinárias e as interpretações mais comuns do tema, a Lei de Mediação é um marco de abertura para meios alternativos de tutela de direitos indisponíveis, positivando um procedimento compatível com o sistema multiportas, agora idealizado para a tutela de direitos no Brasil.

A ressignificação cultural dos institutos relacionados ou uma revisão da norma positiva do regime dos direitos da personalidade, especialmente a partir da premissa de que sua indisponibilidade vem da derivação que esses direitos têm em relação aos direitos fundamentais, tem sido essencial para alargar o alcance da mediação para direitos de personalidade. Ainda assim, pretendeu-se apenas sedimentar o cenário contemporâneo do debate sobre a indisponibilidade contra a autonomia individual para defender a nova interpretação dos institutos, de acordo com os entendimentos



apresentados, com atenção ao núcleo intangível desses direitos e a proteção prevista, e constitucionalmente adequada.

Ainda que seja perceptível a tendência de valorização da auto-gestão que pretende suprir as vulnerabilidades dos indivíduos - para garantir uma manifestação de autonomia da vontade genuína – ela não é hierarquicamente superior à indisponibilidade. Deve-se de valorizar a compatibilização da autodeterminação com a indisponibilidade como referencial teórico e deve-se respeitar as garantias específicas para preservar o núcleo essencial desses direitos indisponíveis.

A mediação pode resultar soluções céleres e pragmáticas de conflitos envolvendo direitos de personalidade, que devem ser a cada caso, de acordo com o estado da arte hermenêutico sobre o tema, aperfeiçoados pela doutrina. Representa um ganho também para o reconhecimento do método de resolução de conflitos dentro do sistema de tutela de direitos, sedimentando entendimentos sobre a possibilidade e utilidade da mediação como uma solução alternativa ao litígio.

É um tema complexo, cujos limites não são óbvios e por isso devem ser constantemente revisitados e reestudados. Os direitos indisponíveis que admitem transação possuem inúmeras naturezas e inúmeras proteções fundamentais que os permeiam, não sendo diferente para os direitos de personalidade. As eventuais autolimitações voluntárias e parciais, estão inseridas entre um núcleo inviolável essencial ao direito, uma proteção da ordem pública subjacente e a dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se caso a caso, compatibilizar esses conceitos, sendo a mediação mais um palco dessas ponderações, e portanto, devendo observar os mesmos limites e as mesmas fontes interpretativas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed Tradução de Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros. 2008

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2008.

ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** – Vol. 1,2 e 3 – 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Dos Direitos da Personalidade**. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovani Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. RePro, vol. 82. São Paulo: Ed. RT, abr. 1996

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** São Paulo: Malheiros, 2ª edição, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, 14a edição.

EROULTHS, Cortiano Júnior. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: Fachin, Luíz Edson; Ramos, Carmen Lúcia Silveira. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2ª Tiragem, Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FONSECA, Ângela Couto Machado. **Corpo, Biopolítica e Direito: Percursos filosóficos da ordenação e regulação biológica**. Curitiba, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no College de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 4 ed. - São Paulo, Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=>

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para autolimitação do direito à vida**. Tese de Doutorado. Uerj, 2010.

\_\_\_\_\_. **São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy**. Artigo. Uerj, 2009

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim **Assumpção**. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais**. In: Miranda, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra. Vol. I. Ed., 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria o Advogado Editora, 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria o Advogado Editora, 2018

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. - São Paulo: Atlas, **Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy**. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais* (2009). Consultado em [https://works.bepress.com/leticia\\_martel/4/](https://works.bepress.com/leticia_martel/4/) 2013.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_e\\_o\\_codigo\\_civil\\_de\\_2002.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/os_direitos_da_personalidade_e_o_codigo_civil_de_2002.pdf)

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado – RDE, Renovar, v.1, n.4, p.28, out./dez. 2006

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. - 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)**. Disponível em: [www.academia.edu/231461].

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. São Paulo, Editora Método. 6ª Edição, 2010.

VENTURI, Elton. **Transação de Direitos Indisponíveis?** Revista de Processo – vol. 251/2016 – p.391 – 426, Jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro**. RePro, 246. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.

WACQUANT, Loic. **Punir Os Pobres - A Nova Gestão da Miséria Nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009